

# La progressive harmonisation des règles du procès environnemental: manifestation de l'émergence d'un droit global?\*

## The progressive harmonization of the procedural rules of environmental law: expression of the emergence of a global right?

Eve Truilhé-Marengo\*\*

### RESUMÉ

Parce que certains risques environnementaux manifestent aujourd'hui un caractère global et irréversible, défiant les frontières du temps et de l'espace, ils bousculent la nature *a priori* locale du litige environnemental. Cela invite le juriste à s'interroger sur la spécificité, l'adaptabilité et l'efficacité du procès face à l'objectif de protection de l'environnement. Il semble que, partout dans le monde, la cause environnementale soit en train de bousculer les règles du procès en les mettant à l'épreuve de certaines questions inédites qui défient le temps tout autant que les frontières juridiques et spatiales au travers de la complexité technique et juridique, de l'incertitude scientifique, et surtout du « global ». Peut-on affirmer qu'il existe-t-il une circulation des normes relatives au procès en matière environnementale ? Pour essayer de répondre à cette question, nous étudions en amont de l'instance la question de l'accès au juge en matière d'environnement et nous constatons ainsi une diffusion progressive du droit au juge. Nous nous intéressons ensuite aux règles relatives au déroulement de l'instance, et spécifiquement celles, centrales, qui régissent l'administration de la preuve pour constater ici aussi une certaine harmonisation au nom de la spécificité des contentieux environnementaux.

**Mots-clés :** harmonisation, règles de procédure, environnement

### ABSTRACT

Because some environmental risks are nowadays global and irreversible, defying the frontiers of time and space, they jostle the *a priori* local nature of the environmental dispute. This invites the jurist to question the specificity, the adaptability and the effectiveness of the procedural rules in view of the objective of environmental protection. It seems that everywhere in the world, the environmental cause is shaking up such rules by putting them to the test of some new issues that challenge time as well as legal and spatial boundaries through technical complexity and legal, scientific uncertainty, and especially the “global” issue. Can it be said that there is a circulation of environmental standards for procedural rules? To try to answer this ques-

\* Recebido em 02/11/2017  
Aprovado em 07/12/2017

Este artigo aborda questões de pesquisa do projeto “PROENVP”, apoiado pela Missão de Pesquisa Direito e Justiça (*Droit et Justice*). Este projeto é também o objeto de Grupo de Pesquisa Internacional (*Groupement de Recherche Internationale GDRI*) apoiada pelo CNRS: Direito Ambiental e Justiça. O projeto visa explorar as especificidades dos processos ambientais através do estudo comparativo do direito interno, do direito internacional e europeu, bem como de direitos estrangeiros (principalmente Direito dos EUA, Canada, Japão, Brasil e Chili), para propor soluções que fortalecem a capacidade dos processos de lidar com o coletivo, o técnico, o incerto e o global no campo ambiental.

\*\* Eve Truilhé-Marengo é Diretora de Pesquisa no CNRS, ela dirige a Clínica Direito ambiental e co-dirige o Master 2 Direito internacional e europeu do meio ambiente (Universidade de Aix Marseille; Universidade de Toulon, Universidade Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, França). Email: eve.truilhe@gmail.com

tion, we study beforehand issue of access to the judge in environmental matters and we thus note a progressive diffusion of the right judicial access. We then examine the rules related to the conduct of the proceedings, and specifically those, central, which govern the administration of evidence to see a certain harmonization in the name of the specificity of environmental litigation.

**Keywords:** harmonization, procedural rules, environment

## 1. INTRODUCTION

Les contentieux portant sur l'environnement sont des « litiges complexes »<sup>1</sup>, porteurs de spécificités qui constituent autant de difficultés juridiques à résoudre. Parce que, dans une grande majorité de systèmes juridiques, la nature elle-même n'est pas un sujet de droit, la question de l'accès au juge constitue sans doute la première d'entre elles. Elle justifie l'aménagement des conditions de recevabilité de l'action en justice et, invite, plus profondément, à déterminer la place de la défense des intérêts environnementaux et collectifs dans le procès autant que la solution qui en est issue, oscillant entre les impératifs de prévention, réparation et sanction<sup>2</sup>. Ensuite parce que les dommages causés à l'environnement se révèlent souvent être à longue distance et à long et même très long terme, et qu'ils peuvent avoir des sources cumulatives, il s'avère bien souvent difficile de rapporter les preuves nécessaires à l'établissement des faits. Causes diffuses ou lointaines, dommages hypothétiques ou causés aux générations futures : la preuve d'un lien de causalité direct et certain entre les nombreuses activités humaines et tel ou tel dommage déterminé est difficile à rapporter<sup>3</sup>. La dimension technique et scientifique

du procès environnemental, impliquant quasi-systématiquement des savoir-faire « extérieurs »<sup>4</sup> au droit pose au juge certaines difficultés : celui-ci doit savoir faire avec l'incertitude et composer avec les difficultés notamment de la réparation des atteintes à l'environnement, dans la mesure où il s'agit de dommages difficiles à évaluer, bien souvent irréversibles, rendant impossible une remise en l'état. Le présent article a pour objet de répondre à la question suivante : les « règles du procès »<sup>5</sup> peuvent-elle être analysées comme l'une des manifestations de la globalisation du droit en matière d'environnement ?

Commençons par préciser que le procès (du latin *procedere* aller de l'avant), s'il est l'instance devant un juge sur un différend entre deux ou plusieurs parties<sup>6</sup>, désigne plus largement « non seulement le litige porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie »<sup>7</sup>. C'est donc à l'ensemble des éléments constitutifs du procès que nous nous intéresserons, à savoir l'action procédant du litige autant que l'instance et la solution juridictionnelle en résultant. A la question ainsi posée, il semble **à première vue que l'on puisse répondre par la positive**. Parce que certains risques environnementaux manifestent aujourd'hui un caractère global et irréversible, défiant les frontières du temps et de l'espace, ils bousculent la nature *a priori* locale du litige environnemental. Provenant de multiples activités au-delà des frontières étatiques, une pollution peut aussi engendrer des conséquences pour un ensemble de personnes dans différents États. Ces mêmes activités peuvent en outre être exercées par des acteurs échappant à la compétence de ces différents ordres juridiques<sup>8</sup>. L'affaire Chevron, mêlant procédure arbitrale et procédures étatiques (en équateur et aux États Unis) est tout à fait emblématique de cette globalisation des litiges qui est en marche. Il en va de même pour les tristement célèbres affaires Deepwater horizon ou Probo Koala<sup>9</sup>.

1 Selon l'expression de la doctrine américaine qui vise les cas de « *complex litigations* » en y insérant le domaine environnemental, v. not. MARCUS, R. L., SHERMAN E. F.; ERCHSON H. M. *Complex Litigation: Cases and Material on Advanced Civil Procedure*. 6. th. West Academic Publishing, 2015.

2 Sur ce rappel, VINEY, G. *L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement*, Rapport français in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, sous la direction de VINEY, G.; DUBUISSON B., BRUN PH. ET THUNIS X. Bruxelles: Bruylant, LGDJ, 2005. p. 217.

3 M. Boutonnet, « La preuve du préjudice environnemental, entre science et droit », in *La preuve juridique et la preuve scientifique*, Truillé-Marengo E., Larcier, 2011, p. 181 ; « Le risque de la preuve en droit de l'environnement », in *La preuve, regards croisés*, CADIET L., GRIMALDI C., MEKKI M., Dalloz, Thèmes et commentaires,

2015.

4 DUMOULIN L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte », *Droit et société*, 2000, p. 199-223.

5 Sur ce développement, CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF Thémis, 2. éd. p. 567 s.

6 Dictionnaire Littré.

7 Sur la définition du procès, CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., Op. Cit., 305 s.

8 THIBIERGE, C., *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile)*, *RTD civ.* 199, p. 568.

9 Tefigura, entreprise multinationale, cherchait à faire traiter des déchets toxiques, après avoir tenté à plusieurs reprises, sans succès, de se défaire de ces déchets, elle fait charger les déchets sur son

Les litiges sont donc de plus en plus souvent globaux : la tendance est nette, même au-delà de ces affaires très médiatisées. Elle invite le juriste à s'interroger sur la spécificité, l'adaptabilité et l'efficacité du procès face à un des défis majeurs du 21<sup>e</sup> siècle : la protection de l'environnement. Il semble que, partout dans le monde, la cause environnementale soit en train de faire craquer le moule traditionnel du procès en le mettant à l'épreuve de certaines questions inédites qui défient le temps tout autant que les frontières juridiques et spatiales au travers de la complexité technique et juridique, de l'incertitude scientifique, et surtout du « global ».

Pour autant peut-on affirmer qu'il existe-t-il une circulation des normes relatives au procès en matière environnementale, et, dans l'hypothèse d'une réponse positive : quel est le degré « d'efficacité » de cette circulation ? A-t-elle permis des transferts de normes, des legal transplant, ou une véritable uniformisation permettant de penser un droit commun du procès environnemental, défini comme un procès « pour l'environnement » ? Pour essayer de répondre à ces questions, il semble qu'il faille étudier en amont de l'instance la question de l'accès au juge en matière d'environnement : nous constaterons ainsi une diffusion progressive du droit au juge (I). Nous nous intéresserons ensuite aux règles relatives au déroulement de l'instance, et spécifiquement celles, centrales, qui régissent l'administration de la preuve pour constater ici aussi une certaine harmonisation au nom de la spécificité des contentieux environnementaux (II).

## 2. DIFFUSION PROGRESSIVE DU DROIT AU JUGE

Le droit d'accéder à la justice constitue un élément du volet procédural du droit de l'homme à un environnement sain, qui sinon resterait « théorique et illusoire » pour reprendre les mots de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Il est le moyen concret de faire valoir le droit subjectif au respect des dispositions protégeant l'environnement. En tant que tel, le droit au juge a été consacré, certes de manière non contraig-

navire, le Probo Koala, qui prend la route de la Côte d'Ivoire. Une société ivoirienne déversera plus de 500 mètres cubes de déchets dangereux, à ciel ouvert, dans la décharge d'Akouédo à Abidjan ainsi que dans une vingtaine d'autres sites publics autour de la ville provoquant la mort de 17 personnes et l'intoxication de dizaines de milliers de personnes.

nante, par la déclaration de Rio en 1992 au principe 10 selon lequel « Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

Mais, la nature n'étant pas, dans la majorité des ordres juridiques, sujet de droit, ce sont donc ses représentants qui doivent pouvoir agir en justice pour défendre ses intérêts. Dans ce contexte, la question de l'accès au juge face à des intérêts non-individuels et même non-humains constitue sans doute la première difficulté juridique posée dans le cadre d'un litige environnemental. Existe-t-il une globalisation des règles relatives à l'accès au juge en matière d'environnement ? Constate-t-on une diffusion du droit au juge à l'ensemble des systèmes juridiques ? Comment s'opère cette diffusion ?

Le principe 10 de la Déclaration de Rio selon lequel « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré » a donné naissance à un certain nombre de réalisations concrètes au sein de l'Union européenne (A) mais aussi au-delà (B).

### 2.1. Au sein de l'Union européenne

En Europe la Convention sur l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement dite « Convention d'Aarhus »<sup>10</sup>, signée par 39 États le 25 juin 1998, constitue sans doute le standard international le plus ambitieux en matière d'accès à la justice. Il s'agit ni plus ni moins que de créer des droits procéduraux spéciaux au profit des organisations de protection de l'environnement. L'article 9-3 relatif à l'« accès à la justice » prévoit que « chaque Partie veille à ce que les

10 Texte disponible sur: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43f.pdf>

membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Si elle consacre bien un droit au juge en matière d'environnement, cette disposition permet clairement aux Etats parties d'établir des critères spécifiques auxquels les membres du public habilités à contester les violations du droit de l'environnement doivent répondre. Le texte n'institue donc pas une *actio popularis* en droit de l'environnement <sup>11</sup>.

Au sein de l'Union européenne la Convention, signée à la fois par chacun des Etats membres et par l'Union, participe à la promotion d'un véritable « droit à la démocratie environnementale »<sup>12</sup>. En application de la Convention mais également du droit dérivé qui la met en œuvre<sup>13</sup>, l'accès aux juges nationaux est largement protégé par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Sous l'effet du droit de l'Union, le droit allemand a été forcé d'évoluer vers une plus grande ouverture à la défense des intérêts collectifs. Dans un premier arrêt rendu en 2011<sup>14</sup> La Cour avait affirmé que restreindre le droit au recours des associations au seul motif que celles-ci protègent des intérêts collectifs, comme le fait le droit allemand, mettrait à mal l'objectif « d'assurer au public concerné un large accès à la justice », cela « les priverait très largement de la possibilité de faire contrôler le respect des normes issues de ce droit, lesquelles sont, le plus souvent, tournées vers l'intérêt général et non vers la seule protection des intérêts des particuliers pris individuellement ». Plus récemment plusieurs lois allemandes ont été condamnées par la CJUE en ce

qu'elles étaient trop restrictives en matière d'accès au juge au regard du droit de l'Union<sup>15</sup>. La Cour juge contraire aux dispositions du droit de l'Union le fait pour la législation allemande de restreindre la qualité pour agir des associations environnementales et l'étendue du contrôle juridictionnel des recours portés par de telles associations aux seules dispositions qui confèrent des droits aux particuliers. Dans un arrêt rendu le 15 octobre 2009<sup>16</sup>, le juge de Luxembourg avait estimé que la législation suédoise, qui subordonnait le droit de recours des associations de protection de l'environnement à ce que celles-ci disposent de plus de 2 000 adhérents, était incompatible le droit de l'Union. Le niveau fixé risquant de priver, de fait, les associations de toute possibilité de recours.

Le droit d'accès à la justice se diffuse donc de manière très efficace dans les Etats membres de l'UE. S'agissant de l'accès à la Cour elle-même, le bilan est nettement moins positif. Malgré les potentialités du règlement n° 1367/2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus, l'Union européenne semble exiger des Etats membres ce qu'elle-même ne parvient pas à garantir. La Cour de Justice dans ce cas, ne se départi pas de sa position extraordinairement réservée concernant l'accès des requérants individuels à son prétoire, y compris lorsque des intérêts environnementaux sont en jeu.

## 2.2. Au delà-de l'Union européenne : vers une application mondialisée de la Convention d'Aarhus ?

Au-delà de l'Union européenne, qui ne constitue peut-être pas l'exemple idéal s'agissant de la question de la globalisation du droit (quoique), on note des progrès dans les pays non membres de la Convention Aarhus. Dans la foulée de Rio+20, un projet de Convention sud-américaine sur l'information, la participation et l'accès à la justice en matière d'environnement a pris corps. Les négociations sont en cours pour essayer de diffuser le modèle Aarhus au continent sud-américain. Le continent asiatique a également été le terrain d'avancée con-

11 ANDRUSEVYVH K., *Case Law of the Aarhus Convention*, 2004-2011, p. 80.

12 NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, Lexis-Nexis, Paris, 2011.

13 En ce qui concerne les Etats membres, l'accès à la justice est à ce jour garanti de façon générale par l'article 11 de la directive sur l'évaluation des incidences (*dir. 2011/92/UE, 13 déc. 2011 : JOUE n° L 26, 28 janv. 2012, p. 1*) qui correspond largement à l'article 9-2 de la Convention et par l'article 25 de la directive relative aux émissions industrielles (version 2010), lequel permet un droit de recours juridictionnel contre les actes adoptés en matière de participation du public aux décisions environnementales et ce, sur le modèle de la directive 2003/35 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, copié-collé ou presque de la convention d'Aarhus.

14 CJUE arrêt du 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV*, aff. C-115/09, Rec. p. 3673

15 CJUE, 2e ch., 15 oct. 2015, aff. C-137/14, *Commission c/ Allemagne*

16 CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskydds-förening et le Stockholms kommun genom dess marknämnd*, aff. n° C-263/08, Rec. p. 9967.



sidérables en ce sens durant les vingt dernières années. Des pays comme les Philippines, l'Indonésie, l'Inde et même la Chine ont ouvert bien plus largement leurs prétoires aux actions environnementales. Et l'idée d'une convention Aarhus asiatique, si elle est loin d'aboutir, fait son chemin<sup>17</sup>.

Une généralisation du droit au juge en matière environnementale est donc à l'œuvre. Notons toutefois que le phénomène a ses limites. Le droit d'accéder à la justice se heurte en pratique aux spécificités des systèmes juridictionnels et donc aux fondements sociaux et culturels de chaque ordre juridique. Certains juges internes comme internationaux restent hermétiques à la défense des intérêts collectifs. C'est ainsi par exemple qu'au Japon, accéder au juge pour défendre uniquement des intérêts collectifs demeure impossible. Ou que la CJUE, malgré l'élargissement opéré par le Traité de Lisbonne, ne s'impose pas à elle-même ce qu'elle garantit au niveau interne<sup>18</sup>. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, si une requête individuelle peut parfois incidemment protéger des intérêts collectifs, l'exigence de la qualité de « victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention » reste un frein à une défense supra individuelle<sup>19</sup>. Quant à la CIJ elle n'a encore jamais déclaré recevable une action tendant à la défense d'un intérêt collectif<sup>20</sup>.

Sous la double influence de la globalisation des litiges et de l'incitation du droit international on constate non pas une uniformisation mais une globalisation du principe de l'accès au juge en matière environnementale. Doit-on y voir un des éléments d'un modèle du procès environnemental marqué par l'émergence du droit glo-

bal ou plus simplement la marque de la lente application des normes, non contraignantes, du droit international public ? Cette question, somme toute d'importance essentiellement théorique (en pratique l'avancée est d'importance) demeure de notre point de vue sans réponse pour l'heure. Reste que, démontrer un intérêt à agir, accéder à un prétoire, n'est qu'une étape pour faire entendre efficacement une cause environnementale. Encore faut-il dans un second temps avoir les moyens de convaincre le juge. Sur ce point ce sont les règles probatoires qui jouent un rôle majeur du fait qu'en matière environnementale il peut être difficile d'identifier avec précision le fait générateur de celui-ci ainsi que d'établir le lien de causalité entre l'acte litigieux et le dommage.

### 3. HARMONISATION DE RÈGLES PROBATOIRES

Les grands principes du procès, c'est connu, sont largement mondialisés : principe du contradictoire, respect des droits de la défense, impartialité des organes de jugement, se sont imposés, sans que l'on puisse voir ici la marque du droit global, mais simplement la généralisation de certaines valeurs de référence. Sur le plan des règles probatoires il semble en revanche qu'il puisse y avoir matière à réflexion. Parce que le discours scientifique a été l'une des forces créatrices de ces pans de notre droit<sup>21</sup> ; Parce que, dans ce domaine, les sciences peuvent tout à la fois apporter un soutien au juge et, de plus en plus souvent, être l'objet même du procès ; mais surtout parce que ces domaines sont le terrain d'élection de l'incertitude scientifique, du risque, et donc du principe de précaution. En lien avec la santé humaine ou l'environnement, l'incertitude peut prendre des formes et des degrés divers. Elle peut concerner l'existence même d'un risque, ou plus fréquemment, porter sur la probabilité ou l'étendue de celui-ci. Les connaissances scientifiques peuvent être insuffisantes ou contradictoires. Car, si le scientifique, en qualité de chercheur ou d'expert, peut se contenter de faire part de la relativité de ses connaissances, décider de suspendre son « jugement »<sup>22</sup>, le juge lui doit trancher sous peine de déni de justice. Il se tourne alors naturellement vers la science afin d'évaluer les éléments scientifiques qui lui sont ap-

17 Voir en ce sens : N. Okubo, Participation Principle Indicators under the Environmental Law: Towards Establishing International Collaboration in Pursuit of Environmental Justice" at 9th-10th March 2015, [http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wp-content/uploads/2015/03/3-1-01\\_okubo\\_full.pdf](http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wp-content/uploads/2015/03/3-1-01_okubo_full.pdf)

18 SIMON D., Droit au juge et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout in Libertés, justice, tolérance, *Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419 ; DE SADELEER N., PONCELET C., Contestation des actes des institutions de l'Union susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine, un pas en avant, deux pas en arrière, *RTDE*, janv-mars 2013, p. 15.

19 VOEFFRAY F. (dir.), L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales, préc. p. 70 s.

20 VOEFFRAY F. L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales. Paris: Publications de l'IIHEI, Genève, PUF, 2004. p. 406; MARCHI J.-F. Bien. commun et droit international. *Les cahiers Portalis*, n. 4, p. 66-67, sept. 2016.

21 En ce sens : MARTIN G., La « vérité » scientifique à l'épreuve du droit – L'exemple du droit de l'environnement.

22 LAGARDE X., Preuve. *Dictionnaire de la justice*. Cadiet (L.) (Dir.). Paris: PUF, 2004. p. 1034.

portées par les parties à titre de preuve et à défaut en chercher de plus probants par lui-même.

Or, les règles relatives à la preuve sont très intimement liées aux valeurs propres à chaque époque, à chaque ordre juridique, elles sont fortement empreintes de localisme. Peut-on déceler une unité sous la diversité des règles du procès en matière environnementale ? Les spécificités des litiges environnementaux ont-elles entraîné un traitement commun des questions probatoires ?

Pour prétendre répondre à ces questions il convient d'envisager les règles probatoires sous deux angles différents. Il est évidemment primordial de savoir laquelle des deux parties va devoir en premier démontrer qu'il y a ou qu'il n'y a pas violation d'une règle de droit, autrement dit déterminer sur qui pèse la charge de la preuve. Mais l'issue du litige dépend aussi de la façon dont l'organe de jugement va évaluer la qualité des éléments de preuve apportés. Dans le cadre d'un litige environnemental, cela revient bien souvent à poser la question du poids donné à l'incertitude scientifique dans le processus de démonstration des faits.

### 3.1. Charge de la preuve

Il est question de déterminer *qui*, d'entre les parties, doit apporter la preuve des faits de la cause, « quelle partie doit en premier démontrer qu'il y a ou qu'il n'y a pas violation? »<sup>23</sup>. Répartir la charge de la preuve revient à désigner la partie qui devra perdre le procès si elle ne remplit pas l'obligation qui lui incombe. Selon R. H. Gaskin, la charge de la preuve constitue la réponse du droit face à l'ignorance<sup>24</sup> et de fait, face à une situation d'incertitude scientifique, c'est aux règles gouvernant la charge de la preuve que revient le rôle prépondérant dans la résolution du litige.

#### 3.1.1. Refus généralisé d'un renversement de la charge de la preuve

Ici, les règles sont largement harmonisées. Etant à l'origine de l'action, le demandeur supporte le premier

la charge de la preuve. Ainsi, lorsqu'il invoque des faits que l'adversaire conteste, il doit les prouver conformément à l'adage *actori incumbit probatio* : au demandeur (*actor*) incombe la charge de la preuve. Et cela dans la grande majorité des systèmes juridiques. Or, pour une partie de la doctrine, surtout internationaliste<sup>25</sup>, le principe de précaution aurait ici un rôle à jouer en permettant d'opérer un renversement de la charge de la preuve en matière de santé et d'environnement. Il reviendrait, en vertu de cette théorie découlant de ce qui a été présenté comme un nouvel adage *«in dubio pro natura»*<sup>26</sup>, à la partie plaignante de prouver que l'activité ou le produit en cause est exempt de risque.

Mais du côté des juridictions, c'est de façon presque unanime qu'elles répugnent à admettre un tel renversement du fardeau de la preuve au nom du principe de précaution. La CEDH le rejette<sup>27</sup>, le Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) également<sup>28</sup>. Dans son arrêt *Artegoda*, le juge de l'Union européenne le refuse clairement : « le fait d'admettre que, en cas d'incertitude scientifique, des doutes raisonnables concernant l'efficacité ou l'innocuité d'un médicament sont susceptibles de justifier une mesure de précaution ne saurait être assimilé à un renversement de la charge de la preuve »<sup>29</sup>. La CIJ, qui a eu l'occasion de se prononcer sur cette question récemment, en fait de même. Dans l'affaire *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la CIJ va rappeler<sup>30</sup> que, selon le principe *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance les faits d'en apporter la preuve. S'agissant des conséquences de l'approche de précaution, la Cour affirme que celle-ci peut se révéler

25 CAZALA J. *Le principe de précaution en droit international*. Paris: LGDJ, 2006. p. 413. Voir également les références citées par KERBRAT Y.; MALJEAN DUBOIS S. La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), RGDIP, jan-mars 2011, p. 63-64.

26 OST F. Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu. In: OST F. GUTWIRTH S. (Éd.). *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996. p. 19.

27 CEDH, *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, §105.

28 Ordonnance du 3 décembre 2001, Affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni), disponible sur le site internet du TIDM: [http://www.itlos.org/start2\\_fr.html](http://www.itlos.org/start2_fr.html)

29 TPICE, 26 novembre 2002, *Artegoda GmbH e.a. c. Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. 2002, p. II-4945.

30 Voir notamment: *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, 3 mai 2008, Rec. CIJ 2008, §45; *Délimitation maritime en mer Noire*, 3 février 2009, Rec. CIJ 2009, §68.

23 États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde. Rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/R, §15.

24 GASKIN R.H., *Burden of proof in modern Discourse*, New Haven - Yale University Press, 1992, 4.

pertinente pour l'interprétation et l'application du Statut mais qu'elle ne permet pas d'opérer un renversement de la charge de la preuve<sup>31</sup>. La position du juge de l'OMC correspond finalement assez bien à celle des autres juges internationaux qui ont eu l'occasion de s'exprimer sur ce point, tout comme elle correspond également à celle des juges français alors même que le principe de précaution est consacré au plus haut niveau de notre ordre juridique<sup>32</sup>. L'une des raisons à cette position est que la preuve de l'absence de risque est bien souvent impossible à rapporter, une preuve négative, quasi impossible à produire.

### 3.1.2. Admission des aménagements de la charge de la preuve

Si le renversement n'est généralement pas admis, certains aménagements<sup>33</sup> de la charge de la preuve le sont en revanche permettant de faciliter la preuve du dommage environnemental. Le juge de l'Union européenne admet depuis un arrêt du 9 mars 2010 que le lien de causalité pouvait, dans certaines conditions, se présumer.

Un arrêt de la Cour de cassation Française, du 18 mai 2011, illustre parfaitement le refus du renversement de la charge de la preuve au profit de la preuve par présomptions. Le litige était marqué par l'incertitude scientifique: des agriculteurs exploitaient un élevage bovin et porcin sur des terrains et des bâtiments situés à proximité d'une ligne à très haute tension et soutenait que les champs magnétiques émis par les lignes électriques à haute tension sont bien à l'origine des « désordres sanitaires multiples et importants ayant affecté les élevages ». Sur le fondement du principe de précaution, ils demandaient à l'exploitant des lignes à haute tension, indemnisation des préjudices matériels et économiques subis. Les juges d'appel ont rejeté les demandes

en raison de l'incertitude sur le lien de causalité entre les courants électromagnétiques et les désordres causés à l'élevage en considérant que « il y a certes des indices quant à l'incidence possible des champs électromagnétiques (CEM) sur l'état des élevages mais auxquels s'opposent des éléments sérieux divergents et contraires et qu'il subsiste des incertitudes notables de telle sorte que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, il n'apparaît pas que l'existence d'un lien de causalité soit suffisamment caractérisé ». Dans ce contexte, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « la charte de benvironnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait bindemnisation du dommage à bencontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes »<sup>34</sup>.

Il est alors permis de se demander si le recours aux présomptions constitue l'un des éléments d'un modèle mondialisé de procès environnemental. Ou s'il n'est pas simplement le résultat attendu des efforts déployés par les juges pour faire face aux difficultés rencontrées. Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve n'épuise pas les questionnements relatifs aux règles probatoires. L'issue du litige dépend aussi de la façon dont le juge va évaluer la qualité des éléments de preuve apportés, leur force probante. Sur ce terrain, une tendance à l'harmonisation est patente. Qu'en est-il de la qualité attendue des éléments de preuve ?

## 3.2. Qualité de la preuve

S'agissant des règles relatives à l'établissement des faits, il est classique d'opposer deux modèles juridictionnels : le modèle inquisitoire qui accorde un rôle actif au juge dans la recherche de la preuve et le modèle accusatoire qui confie cette tâche aux parties. A l'analyse pourtant cette opposition est dépassée au profit d'une discussion plus générale sur les pouvoirs du juge<sup>35</sup>.

### 3.2.1. Appréciation de la force probante des éléments de preuve

Sur le niveau de certitude attendu pour justifier une mesure de protection, on constate clairement des exi-

31 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, §164.

32 Pour une illustration récente du maintien des règles classiques d'attribution de la preuve, un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2011, qui confirme qu'il « appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration » en ajoutant tout de même « sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes », Cass. Civ. III, 18 mai 2011, n° 10-17.645. BOUTONNET, M. *Les présomptions*: un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité. *Dalloz*, 2011. p. 2089.

33 VERGES E.; VIAL G.; LECLERC O. *Droit de la preuve*. PUF, Thémis, 2015. p. 229 et s.

34 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 mai 2011 préc.

35 JOUANNET E., p. 240.



gences harmonisées de la part des juridictions internationales qu'il n'y a pas lieu de développer ici. Disons simplement que n'ayant pas les moyens d'apprécier la valeur des données scientifiques produites, les juges pratiquent généralement un contrôle étendu sur le respect des conditions procédurales applicables à la mesure contestée : respect des exigences en matière d'évaluation des risques, du principe de proportionnalité, des délais, du principe du contradictoire etc. *Grosso modo*, en situation d'incertitude où s'applique le principe de précaution, la plupart des juridictions adoptent une attitude commune que l'on peut résumer en citant les arrêts Alpharma et Pfizer rendus par le juge de l'Union européenne pour qui « le principe de précaution ne peut [...] être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondées sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré »<sup>36</sup>. Une telle formulation est très proche de ce qu'a développé l'Organe de règlement des différends de l'OMC par exemple<sup>37</sup>. Le principe de précaution ne saurait donc s'appliquer si la controverse scientifique n'a pas atteint un seuil minimal de consistance. Car même si l'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence, les risques hypothétiques reposant sur des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique doivent être exclus du champ d'application du principe de précaution<sup>38</sup>. Malgré la diversité des règles juridiques, il apparaît que s'élabore progressivement une harmonisation des contenus, l'émergence de principes directeurs de la procédure scientifique.

Cette globalisation des règles procédurales en situation d'incertitude se fait sans doute essentiellement par crainte du contentieux. Parce que les litiges environnementaux ont de fortes implications économiques, ils sont susceptibles d'être tranchés par une pluralité de

juridictions qui entraînent un « lissage » des conditions d'acceptabilité des mesures environnementales.

### 3.2.2. Encadrement du recours à l'expertise

En matière environnementale, la complexification des faits se double d'une complexification du droit. Le domaine, plus que les autres, est marqué par la difficulté de juger. Antennes relais de téléphonie mobile, dissémination des organismes génétiquement modifiés dans la nature, effets du rejet des gaz à effet de serre, sont autant d'illustrations d'une certaine complexification des faits, conséquence, notamment, de l'apparition de ces nouveaux risques, dommages, caractérisés par l'incertitude scientifique, non seulement s'agissant de leur évaluation mais aussi de leur réalisation.

Le recours à l'expertise est un élément clé des différents systèmes probatoires et un élément déterminant dans l'issue des litiges environnementaux. Que l'on songe, en dehors du cas français<sup>39</sup>, aux affaires relatives aux bovins élevés aux hormones tranchées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC<sup>40</sup> ou à la façon dont le juge néerlandais s'appuie sur les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) pour mettre à la charge de l'Etat un devoir de *due diligence* dans l'affaire Urgenda, condamnant l'Etat néerlandais pour sa carence en matière de lutte contre le changement climatique<sup>41</sup>. La question centrale alors est : Dans quelles conditions, l'expertise, peut-elle constituer une réponse juridique adéquate à l'incertitude scientifique?

Les règles qui gouvernent l'expertise scientifique, élément déterminant dans l'issue des litiges environnementaux<sup>42</sup>, semblent elles-aussi être progressivement harmonisées. Sous l'égide de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales,

36 Conclusions l'Avocat général Geelhoed (L.A.), 7 septembre 2004, Affaire C-434/02, Arnold André GmbH & Co. KG contre Landrat des Kreises Herford; affaire C-210/03, Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd contre Secretary of State for Health, point 98.

37 États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, §721.

38 En ce sens, notamment, de Sadeleir (N.) *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 176; L. Boisson de Chazournes. Le principe de précaution: nature, contenu et limite, in *Leben*, Charles/Verhoeven, Joe (Dir.), *Le principe de précaution*: aspects de droit international et communautaire. Paris: Panthéon-Assas, 2002. p. 81.

39 LECLERC, O. *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la sciences*. LGDJ, T. 443, 2003.

40 Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R et WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R ; États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/R du 31 mars 2008. L'OMC et les risques sanitaires: réflexions autour du rapport de l'Organe d'Appel dans l'affaire Hormones II, RJE, 2010, n°2.

41 Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas.

42 « La relation juge expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux », la documentation Française, 2010, 400 p.



de la jurisprudence son juge et notamment de son *arrêt Mantovanelli contre France* du 18 mars 1997,<sup>43</sup> les opérations d'expertise sont entrées dans la sphère du procès équitable. Et sur ce point s'est instauré, en tout cas sur le continent européen un dialogue des juges auquel concourent les problématiques sanitaires et environnementales. La CJUE par exemple dans un arrêt du 10 avril 2003, *J. Steffensens*<sup>44</sup> rendu en matière de contrôle des denrées alimentaires a répondu à la question préjudicielle qui lui était posée qu'il appartient à une juridiction nationale, en transposant littéralement le paragraphe 36 du célèbre arrêt de la CEDH à la situation qui lui était soumise. Cette « européanisation » des règles du procès a conduit à un dépassement des divisions classiques en cette matière: *Civil law* et *Common Law*, contentieux civil, pénal et administratif... Les règles procédurales applicables à l'expertise sont à présent communes à toutes les expertises qu'elles soient judiciaires, administrative ou autre.

Mais la diffusion d'un modèle d'expertise en situation d'incertitude scientifique semble aller au delà de cette « européanisation » qui n'est sans doute pas topique du droit global.

La diffusion progressive de la procédure appelée « *Concurrent evidence* »<sup>45</sup>, mise en place dans certaines provinces australiennes et étendue à d'autres systèmes juridiques (Grande-Bretagne, Hong Kong, Japon) pourrait parfaitement faire office de modèle pour les contentieux particulièrement sensibles ou hautement techniques. Dans ce système qui prend clairement acte de l'importance capitale de l'expertise pour l'issue de certains litiges, les experts sont nommés à titre individuel, pour chaque affaire. Ils commencent par rendre chacun leur rapport. Puis, les éléments d'accord et de désaccord entre les experts désignés sont consignés dans un rapport commun discuté par les experts eux-mêmes au cours d'une réunion présidée par le juge et pendant laquelle celui-ci comme les avocats peuvent

les questionner. Un consensus doit se dégager sur les points d'accord et de désaccord et c'est sur le fondement de ce consensus que le juge tranche. En procéduralisant le dialogue entre les scientifiques, cette procédure permet sans doute au juge de se faire une idée plus précise de la validité scientifique des données avancées : elle est donc particulièrement adaptée aux contentieux environnementaux ou sanitaires.

Un modèle concurrent sans doute à celui consiste à mettre en place une expertise interne à la formation de jugement, en créant des juridictions spécialisées. La question se pose d'autant plus que certains pays ont fait le choix d'établir, soit des commissions environnementales privilégiant la résolution *via* les modes alternatifs de règlements des litiges (comme c'est le cas au Japon où une commission arbitrale a été mise en place pour indemniser rapidement les victimes des atteintes à l'environnement, y compris celles de la catastrophe nucléaire de Fukushima.)<sup>46</sup>, soit des tribunaux environnementaux (Thaïlande, Philippines, Inde<sup>47</sup>, Australie...<sup>48</sup>). On pourrait même aller plus loin et offrir, comme au Chili, une vraie place aux experts scientifiques, ces derniers endossant le rôle de juge et permettant ainsi d'adapter la solution judiciaire et son suivi aux enjeux techniques<sup>49</sup>. Cette solution a le mérite d'adapter la solution judiciaire et son suivi aux enjeux techniques<sup>50</sup>, ce qui semble très utile au moment d'imputer une responsabilité ou d'imposer des mesures de réparation suite à un dommage environnemental.

46 YAMAMOTO K. Le mode alternatif de résolution des conflits environnementaux au Japon: un exemple de contractualisation des litiges environnementaux, in *Le contrat et l'environnement, Etude de droit comparé*, préc., p. 282.

47 AMIRANTE D., Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India, 29 *Pace Envtl. L. Rev.* 441 (2012) Available at: <http://digital-commons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3>

48 PRING C. PRING G., Specialized Environmental Courts and Tribunals: The Explosion of New Institutions to Adjudicate Environment, Climate Change, and Sustainable Development at the Confluence of Human Rights and the Environment (2010), at 3, <http://www.law.du.edu/documents/ectstudy/Unitar-Yale-Article.pdf>; N. Okubo, art. préc.

49 v. VALDES DE FERARI S., The role of a non lawyer in an environmental Court, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18; ASENJO R., L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

50 v. S. Valdès de Ferari, The role of a non lawyer in an environmental Court, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18; R. Asenjo, L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

43 CEDH, 18 mars 1997, aff. 8/1996/627/810, *JCP*, G, 1998, I, 107, n°24 note Sudre.

44 CJCE, 10 avril 2003, C-276/01; MARIATTE F., Note sous l'arrêt, *Europe*, juin 2003, pp. 14-15.

45 P. McClellan, Medicine and Law Conference keynote address: Concurrent Expert Evidence, 2007, p. 19, [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme\\_Court/ll\\_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/\\$file/mcclellan291107.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/$file/mcclellan291107.pdf). Voir également : [http://www.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciMcClellan\\_New%20Methods%20with%20Experts%203-9\\_cropped.pdf](http://www.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciMcClellan_New%20Methods%20with%20Experts%203-9_cropped.pdf)

En conclusion, nous dirons que de la diversité des systèmes étudiés, il se dégage clairement un « fonds commun du procès », une « modélisation » signe du « droit commun [...] de tous les procès »<sup>51</sup> environnementaux. Mais ce qui apparaît comme étant véritablement globalisé, c'est la nécessité du procès comme le montre aujourd'hui le phénomène des procès climatiques, initialement américains et se propageant maintenant à travers le monde<sup>52</sup>. Cette communication entre les règles procédurales entraînera à mon avis, presque mécaniquement, une globalisation des règles substantielles. Atteste également de ce besoin du procès, le développement des « procès fictifs », issus de la société civile à l'instar de celui qui s'est déroulé très récemment devant le Tribunal Monsanto<sup>53</sup> qui a examiné l'impact des activités de cette société sur le droit de l'environnement et les droits de l'homme et s'est prononcé en avril 2017 sur la non-conformité de la conduite de l'entreprise au regard des principes et des règles de droit international<sup>54</sup>. On pense également au Tribunal international pour les droits de la Nature, qui s'est tenu à Paris en décembre 2015, en parallèle de la COP 21 traitant du changement climatique, du recours aux organismes génétiquement modifiés ou encore la gestion de l'eau. Des « tribunaux moraux »<sup>55</sup> donc, avec pour juges, des experts de la société civile et, pour jugement, une « sanction morale ou éthique »<sup>56</sup>, au cours desquels les règles du procès... ne sont pas respectées. Il apparaît du coup absolument indispensable de construire une « justice

globale de l'environnement »<sup>57</sup>, une justice qui soit apte à traiter du litige environnemental qui est par essence trans-disciplinaire, transnational, transgénérationnel, global en définitive.

51 GUINCHARD S. et Alli, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, n° 5.

52 Sur ce phénomène contentieux, GERRARD M.B., MAX-DOUGALD J.A., *An introduction to climate change liability litigation and View to the Future*, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 20/1. V. le site commentant l'ensemble des procès : <http://columbiaclimatelaw.com/>

53 <http://www.monsanto-tribunalf.org>. Voir également : <http://www.maisondesmetallos.org/2015/07/22/tribunal-international-des-droits-de-la-nature>

54 Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, avis consultatif disponible : [http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset\\_cache/180671266.pdf](http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf).

55 Selon l'expression de SOTIS, C. Juger des crimes environnementaux internationaux: approche juridictionnelle et institutionnelle. In: NEYRET L. (Dir.). *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, préc., p. 216: not. Tribunal permanent des peuples, Tribunal international de la conscience des crimes contre la nature, Tribunal international Mosanto, Tribunal international des droits de la nature.

56 Selon l'expression de la charte créant le Tribunal international de la conscience des crimes contre la nature, <http://www.tribunal-nature.org>

57 *Le droit pénal au secours de l'environnement*, Rapport de synthèse de FOUCHARD I. NEYRET L. qui évoque la justice pénale globale, p. 423; DELMAS-MARTY, M. A crime globale, justice globale, *Le Monde*, 30 janvier 2002.